

DO DIREITO ADQUIRIDO: NOTAS PRELIMINARES

Prof. Dr. Ivo Dantas

SUMÁRIO: 1. Teoria da Aplicação e da Irretroatividade das Leis no Brasil: 2. Direito Adquirido e seu conceito: perspectivas legal e doutrinária. 2.1. Distinções necessárias: *Direito Adquirido*, *Expectativa de Direito* e *Direito Acumulado*. 3. Constituição, Emenda Constitucional, Direito Adquirido e Controle de Constitucionalidade.

1. TEORIA DA APLICAÇÃO E DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS NO BRASIL

Em estudo intitulado *Constituição e Direito Adquirido*³, RAUL MACHADO HORTA, afirma que “o constitucionalismo brasileiro, desde o seu texto inicial, em 1824, consagrou o princípio da irretroatividade ampla, desconhecendo a técnica da retroatividade parcial, preferida nas Constituições dos Estados Unidos de 1787, da Argentina de 1853, da Itália de 1947 e da França de 1958”.

Em seguida, entende que “o tratamento constitucional da matéria no Direito Brasileiro pode ser destacado em *dois períodos*. No *primeiro*, a irretroatividade ampla se localiza na Constituição e a proteção do direito adquirido adviria, inicialmente, daquela irretroatividade, como princípio-reflexo, para, posteriormente, decorrer de regra expressa do direito ordinário, convivendo com o princípio constitucional da irretroatividade. No *segundo período*, a irretroatividade ampla foi absorvida pelo direito adquirido, que se tornou princípio imutável pela lei ordinária” (itálicos nossos)⁴.

A questão do *Direito Adquirido* entre nós, encontra-se intimamente vinculado ao tratamento que é dado pelo ordenamento brasileiro à *Teoria da Aplicação e da Irretroatividade das Leis*, o que significa dizer-se que, para bem entender aquele (*Direito Adquirido*), necessário se faz que abordemos, previamente, os problemas derivados desta última questão (*Aplicação e Irretroatividade das Leis*) que, em com a única exceção de 1937, jamais deixou de ser tratada pelos diversos modelos constitucionais, desde o imperial, até o vigente, de 1988.

Desta forma, a *Carta Política de 25 de março de 1824*, em seu art. 179, *caput*, determinava que “A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte”.

A seguir, depois de determinar que (I) “nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei” e que (II) “nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública”, prescreve:

“III – A sua disposição não terá efeito retroactivo”.

No seu clássico *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*⁵, PIMENTA BUENO, analisando a *Garantia de Não Retroatividade das Leis*, escreve que “a garantia é uma promessa, uma segurança que a lei estabelece para fazer respeitar efetiva e eficazmente um direito. Ora, nem a liberdade, nem a segurança teriam garantia alguma desde que as leis pudessem ter efeito retroativo.

O homem não deve, em circunstância alguma, ser julgado, nem mesmo interrogado pelo Poder Público, senão em virtude de uma lei anterior e constante. Enquanto essa lei não existia sua liberdade não estava limitada no sentido dela, seus atos eram lícitos, eram filhos do seu direito, não tinha que responder por eles senão a Deus e à sua consciência.

A lei que instituindo uma obrigação ou penalidade fizesse com que ela retrogradasse, e fosse dominar os fatos ocorridos antes de sua promulgação e publicidade legal, aniquilaria toda a idéia de segurança e liberdade. Nenhum homem poderia em dia algum asseverar que deixaria de ser perseguido, pois que qualquer dos atos de sua vida anterior poderia ser erigido em delito.

O sagrado princípio da não retroatividade das Leis deve ser respeitado mesmo no caso de interpretação, como expusemos no nº 86, e essa é a norma dos governos constitucionais”⁶.

No mencionado nº 86, PIMENTA BUENO é taxativo ao, referindo-se às *Leis Interpretativas*, afirmar: “Com efeito, é princípio geral e de eterna justiça que toda e qualquer questão, direitos e obrigações, não devem ser decididos ou julgados senão em virtude leis preexistentes; que a lei não deve regular senão o futuro e não o passado, que ficou fora do seu domínio; que o legislador somente prevê e jamais resolve o que está consumado; que a lei não existe senão porque foi feita e não existe antes de ser feita; finalmente, que a se lei era obscura, se induziu a uma má inteligência, isso atesta uma falta de atenção dele, legislador, falta que não deve ser reparada pelo sa-

crifício da fé pública e da justiça. Esse mesmo é o preceito de nossa Constituição, art. 179 § 3º⁷.

Analizando ainda o texto de 1824, ELIVAL DA SILVA RAMOS (A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro⁸) doutrina que “de fato, não se pode olvidar que a norma vedatória da retroatividade legal estava inserida no Título 8º da Constituição imperial, concernente aos direitos políticos e aos direitos e garantias individuais, não se compadecendo com uma interpretação sistemática do texto constitucional o entendimento de que ali se estava a proibir, de modo absoluto, projeção de efeitos retroativos. Ou seja, na verdade, podem-se extrair do inciso III do art. 179 da Constituição de 1824 dois comandos normativos referentes à eficácia temporal dos atos legislativos em matéria civil: o primeiro, mera norma de condicionamento, pela qual a lei, salvo disposição expressa em contrário, não apresenta efeitos retroativos; o segundo, autêntica norma de limitação, impeditiva da retroatividade, mesmo que expressamente determinada pelo Legislador, nas hipóteses em que se configurar a ofensa a direitos adquiridos”.

A *Constituição de 1891*, em seu art. 11, 3º determinava, como vedação à União e aos Estados, “prescrever leis retroactivas”, enquanto que no art. 72, § 15, determina-se que “ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude lei anterior e na forma por ella regulada” (mantida a grafia).

Comentando o mencionado art. 11 § 3º, escreveu JOÃO BARBALHO UCHÔA CAVALCANTI⁹ que “si a lei podesse ser com prejuizo dos direitos do cidadão applicada a factos passados antes d’ella, mal segura ver-se-ia a liberdade, e o poder de legislar fôra o da tyrannia e opressão. Quem poderia estar tranquilo sobre suas acções, si o que hontem praticou como acto permitido e legítimo podesse hoje ser declarado pela autoridade publica como facto punivel ou nullo? A liberdade, honra, vida e propriedade do cidadão viriam a ser um brinco nas mãos de legisladores mal inspirados e ninguem em suas acções, em seos negocios, sentir-se-ia garantido. Nihil crudelius, nihil perniciosius, nihil quod minus haec civitas ferre possit (Cic.)

Moneat lex priusquam feriat (Bacon). Depois de publicada e dada a conhecer aos cidadãos é que a lei começa a existir para elles e sómente regerá casos futuros. *Lex prospicit, non respicit*.

Mas, porquanto a proibição de leis retroactivas é estabelecida por amor e garantia dos direitos individuaes, não há motivo para que ella prevaleça em casos nos quaes offensa não lhes é feita e a

retroacção é proveitosa ao bem geral; e eis porque têm pleno efeito com relação a factos anteriores:

- 1º - as leis constitucionaes ou políticas;
- 2º - as que regulam o exercício dos direitos políticos e individuaes, ou as condições de aptidão para os cargos públicos;
- 3º - as de organização judiciaria, competencias e processo civil ou criminal;
- 4º - as de interpretação ou declaratorias (menos quanto a factos, contractos e decisões judiciárias que sob a lei anterior tenham já produzido todos os efeitos de que eram suceptíveis);
- 5º - as penaes quando eliminam ou diminuem a penalidade anteriormente estabelecida.

A retroação legal que n'outros casos seria um princípio bárbaro e funesto, é salutar e de benefícios resultados nos casos acima enumerados".

Logo em seguida, em nota de rodapé, é contundente JOÃO BARBALHO: "Basta, para que o preceito constitucional não seja preterido, que a lei de modo algum prejudique a) os direitos civis adquiridos, b) os actos jurídicos já perfeitos e c) as sentenças passadas em julgado.

Quanto a lei penal, ao facto anterior só se applicará a lei nova: a) - si por esta deixar de ser considerado punível, b) - ou for punido com pena menos rigorosa (Cód. Pen. art. 2º)."

Finalmente, conclui o autor: "É esta, como se vê, uma das mais importantes garantias individuaes, ao mesmo passo que é um dos grandes principios da ordem social e política. Sem ella, não seria possível termos o *regime livre* a que, como a mais alta aspiração nacional, allude o 'preambulo' da Constituição, a qual por isso impõe, quér ao Congresso Nacional, quér ás legislaturas dos Estados, a prohibição deste n. 3. E para effectividade de tal garantia, a *magistratura*, desde que é provocada pelos meios regulares, tem obrigação de declarar sem vigencia e fóra de applicação as leis federaes ou dos Estados que acaso infrinjam a citada disposição constitucional (arts. 59 § 1, e 60 a).

Leis retroactivas sómente tyrannos as fazem e só escravos se lhes submettem (Walker). A Constituição que as permittisse, impediria a estabilidade e segurança dos direitos, fim primordial do Estado, e autorisaria a ruina dos cidadãos" ¹⁰.

Observe o leitor que JOÃO BARBALHO já se referia, ao comentar o texto de 1891, a uma fórmula que viria a ser, posteriormente, consagrada pelo constitucionalismo brasileiro, a saber, "a lei não

prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”¹¹, além de fazer uma verdadeira conclamação à Magistratura nacional, no momento em que for chamada a decidir sobre aquele preceito constitucional, sem dúvida alguma, em texto de profunda atualidade para os dias que vivemos.

Com a *Constituição de 1934*, dá-se um maior detalhamento do preceito da *irretroatividade*, como se vê em seu art. 113, 3): “A lei não prejudicará o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada”¹².

Referindo-se a este inciso em seu *Direito Intertemporal*¹³, observa WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA que o referido inciso “guindou a preceito constitucional o *caput* do art. 3º da antiga Introdução ao Código Civil”.

ELIVAL DA SILVA RAMOS¹⁴, com relação ao texto constitucional de 1934, escreve: “A partir daí, não há que se falar, no direito brasileiro, em princípio constitucional da irretroatividade das leis, porquanto a norma de condicionamento agasalhada nos dispositivos correlatos das Constituições de 1824 e 1891, segundo a qual os atos legislativos, em princípio, não geram efeitos retroativos, foi extirpada do plano constitucional, permanecendo, à época, única e tão-somente, como *regra estrutural* de nosso ordenamento, como de resto de todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos.

No que tange à limitação dos efeitos retroativos e retrospectivos das leis civis, adotou-se, em substância, a fórmula do artigo 3º, *caput*, da Introdução ao Código Civil”.

Dizemos nós: a partir daí, não só a *irretroatividade* manteve seu *status constitucional*, mas, expressamente, o fez em relação ao *direito adquirido*, ao *ato jurídico perfeito* e à *coisa julgada*.

Omissa em relação ao tema foi a *Carta Política de 1937*, sendo que a *Constituição de 1946*, ao se referir aos *Direitos e Garantias Individuais*, repetiu, em sua inteireza, o texto da *Constituição de 1934*, como se vê:

“Art. 141, § 3º: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Idêntico comportamento foi seguido pelo texto de 1967 (art. 150, § 3º) e pela Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 153, § 3º).

A *Lei de Introdução ao Código Civil* (Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942), elaborada na vigência da *Carta de 1937* (que, como dito, não vedava a retroatividade das leis) não manteve, entretanto, a mesma orientação da Lei Maior, e determinou em seu art. 6º que “a Lei

em vigor terá efeito imediato e geral, *respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*".

Diante desta situação, escreve WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALLA¹⁵ que "assim, a irretroatividade foi consagrada no preceito como um limite ao juiz e às demais autoridades, mas não como um limite ao legislador: mediante disposição expressa, a lei nova poderia atingir as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito".

A seguir, CAMPOS BATALLA, depois de se referir ao "período fascista com os aplausos da doutrina da época"¹⁶, dá-nos uma lição que não poderia deixar de ser trazida à colação, quando escreve¹⁷: "Portanto, de acordo com a mentalidade da época, o legislador todo-poderoso não poderia encontrar barreiras em suas estatuições; ante os supremos interesses do Estado e da coletividade, apagavam-se os interesses particulares, a certeza e a segurança do Direito. Adquiridos só se poderiam considerar aqueles direitos ... que a lei nova respeitasse; nunca se poderia admitir a existência de direitos individuais contra o novo programa legislativo e contra a nova maneira de encerrar os interesses do Estado e os interesses da coletividade".

Este direcionamento do preceito, destacado por CAMPOS BATALLA, sofre uma total modificação, a partir do instante em que a *irretroatividade* voltou a integrar o texto constitucional (CF 1946, art. 141 § 3º), dirigindo-se, em consequência, não só ao juiz e às demais autoridades, porém, igualmente, ao legislador.

Hoje, o preceito tem um sentido mais amplo, visto que se direciona, inclusive, ao legislador em sua função de *reformador do texto constitucional*, resguardado este (como se disse e será repetido várias vezes) em decorrência do prescrito no art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição de 1988.

Em outras palavras: *o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI) são imunes a toda e qualquer alteração constitucional, seja pela Emenda, seja pela Revisão Constitucionais, e sob qualquer que seja o fundamento ou programa de governo, pelo que vale a repetição do texto de JOÃO BARBALHO, já acima citado, no sentido de que a magistratura, desde que é provocada pelos meios regulares, tem obrigação de declarar sem vigência e fóra de aplicação as leis federais ou dos Estados que acaso infrinjam a citada disposição constitucional (arts. 59 § 1, e 60 a)*¹⁸.

Leis retroactivas sómente tyrannos as fazem e só escravos se lhes submettem (Walker). A Constituição que as permittisse, impediria a estabilidade e segurança dos direitos, fim primordial do Estado, e autorisaria a ruína dos cidadãos"¹⁹.

2. DIREITO ADQUIRIDO E SEU CONCEITO: PERSPECTIVAS LEGAL E DOUTRINÁRIA

Uma das características dos estudos jurídicos está, justamente, assentada na falta de um vocabulário que seja inteligível, de forma pacífica, pelo menos aos iniciados. Ademais, a existência dos denominados *conceitos indeterminados* faz com que fique a Doutrina encarregada de lhes dar o sentido e o conteúdo, no que, evidentemente, não ocorre a unanimidade de entendimentos.

Em alguns casos, quando a própria lei oferece a definição do instituto (*definição legal* de que nos fala J. CRETELLA JÚNIOR referindo-se ao Mandado de Segurança ²⁰), a situação fica em parte resolvida, principalmente porque, distingue o instituto daqueles outros que lhe são próximos.

Este, exatamente, é o caso do *Direito Adquirido* (definido na Lei Ordinária, como se verá adiante), muitas vezes confundido com a *Expectativa de Direito* e/ou *Direito Acumulado* ²¹, com os quais (afirme-se de logo) não se confunde, sendo, portanto, tarefa imprescindível que a Doutrina e a Jurisprudência cuidem de apresentar, corretamente, seus contornos, sobretudo porque, todas estas categorias estão ligadas ao problema da *Lei Nova e sua Irretroatividade*, frente à qual, surgem três categorias de fatos, a saber: *facta praeterita*, *facta futura* e *facta pendentia*, ou seja, *fatos passados*, *fatos futuros* e *fatos pendentes*, cada um, evidentemente, com seu regime próprio frente à norma que se insere no sistema jurídico nacional.

Esta *dificuldade*, tem sido reconhecida pela Doutrina, tal como se observa na lição de GUILHERMO A. BORDA, na *Introducción* de seu livro *Retroactividad de la ley y Derechos Adquiridos* ²² ao escrever que “uno de los temas más apasionantes del derecho actual es el relativo a la retroactividad de la ley y a los derechos adquiridos. Los juristas del mundo entero se han ocupado de él, empeñándose en desentrañar un sistema práctico y justo; empero, es necesario decir que hasta hoy, el más completo fracaso ha acompañado esos esfuerzos. Ha sido imposible ponerse de acuerdo sobre lo que es un derecho adquirido y en qué casos la ley tiene efectos retroactivos” ²³.

MERLIN, por sua vez, observa ser necessário distinguirem-se “dos tipos de derechos: *adquiridos* y *en expectativa*” ²⁴. Los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado efectivamente al patrimonio de una persona, en tanto que los derechos en expectativa son potenciales para los sujetos, sin haberlos ejercido y sin formar parte integrante del patrimonio”.

Em artigo intitulado *Noción Actual sobre Expectativas de Derecho y Derechos Adquiridos*, NELSON NICOLIELLO²⁵, após indagar “en qué consisten los derechos adquiridos y las meras expectativas”, escreve, com muita propriedade, que “parte importante de la doctrina - e, incluso, de la jurisprudencia - ha adoptado una posición negativa, en realidad pesimista, que se refiere a la imposibilidad de llegar a conocer estos presuntos institutos, y hasta a confesar abiertamente que no se sabe que són”²⁶.

Em seguida, depois de citar DUGUIT e PLANIOL, é taxativo: “Cuanto acaba de decirse no exonera, sin embargo, de encarar el estudio propuesto, por presunta falta de interés.

Los conceptos de derechos adquiridos y legítimas o meras expectativas (que, hemos de ver, son expectativas en grado diferente) han sido recogidos por el derecho positivo, lo que es una señal inegable de su existencia”²⁷.

Com certa dose de ironia mas muito de verdade, CABRAL DE MONCADA (*Lições de Direito Civil - Parte Geral*²⁸), após referir-se a *direitos adquiridos e expectativas de direito*, escreve que “rigorosamente, poderia mesmo dizer que todo direito, se é direito, é porque já é adquirido; se não é adquirido, é porque ainda não é direito. A idéia dum direito parece implicar a dum sujeito que já de qualquer maneira o adquiriu. Subjetivamente, um direito é sempre direito de alguém, que alguém adquiriu de qualquer forma, mesmo sem vontade”.

O que é afirmado por NICOLIELLO se evidencia no fato de que, dicionários como os de OLIVIER DUMAHEL e YVES MÉNY²⁹, N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO³⁰ além de EMÍLIO FERNÁNDEZ VÁZQUEZ³¹, não fazerem a menor referência ao tema.

Considerando-se o sistema constitucional brasileiro, entretanto, a matéria não poderia passar indiferente à Doutrina e a Jurisprudência, isto porque, ao estabelecer a Constituição de 1988, em seu art. 5º inciso XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” - fácil é notar - não define ela o que seja nenhum dos institutos ali mencionados³², cabendo (como se disse) à Lei Ordinária oferecer a *definição legal*, ao lado da qual, a *definição doutrinária*, se mostra variável de acordo com a concepção daquele que a apresenta.

Sob a perspectiva da *definição legal*, esta se encontra na *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro* (Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.1942, com a redação que lhe deu a Lei nº 3.238, de 1º 8.1957³³), a qual, após determinar (art. 6º) que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral,

respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, define os institutos, como se vê:

§ 1º: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou”;

§ 2º: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

§ 3º: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não cabe recurso” (destaques nossos) ³⁴.

Analizando a definição constante do texto legal, R. LIMONGI FRANÇA em sua clássica obra *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido* ³⁵ escreve que “decompondo-se os termos do preceito em foco, chegamos à conclusão de que, para o legislador, são Direitos Adquiridos:

1. o direito que o seu titular possa exercer;
2. o direito que alguém, como representante de seu titular, possa exercer;
3. o direito cujo começo de exercício tenha termo prefixo;
4. o direito cujo começo de exercício tenha condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.

A nosso ver - prossegue LIMONGI FRANÇA - a substância do conceito está unicamente no primeiro elemento da análise acima exposta.

Direito Adquirido, em suma, para o legislador, *é aquele que o seu titular pode exercer*”.

Adiante, arremata: “Ora, conquanto a idéia de que Direito Adquirido seja *aquele que o titular possa exercer* encerra uma definição sintética do objeto, clara está a sua insuficiência, mesmo como ponto de partida, para a solução dos problemas relativos à matéria. E ainda que a relacionemos com o art. 74 do Código, referente à aquisição de direitos, o seu teor não se torna mais atuante” ³⁶.

A busca de uma compreensão que vá além da *definição legal*, obriga-nos a buscar seu verdadeiro conteúdo na Doutrina e na Jurisprudência, parecendo-nos fundamental, entretanto, a lição de PONTES DE MIRANDA ³⁷ no sentido de que “a lei nova não pode retirar do mundo jurídico o ato jurídico perfeito, nem alterá-lo a seu talante. Também a lei não pode retirar do mundo jurídico o fato jurídico, porque tendo entrado, seria invadir o passado. Todavia, a eficácia do fato jurídico, que se teria de produzir, por estar ligada ao presente,

estaria ao alcance da lei nova. Foi por isso que o legislador não se satisfaz com a proposição no plano da existência, e lançou outra, no plano da eficácia: 'A lei não prejudicará o direito adquirido'..."

Em seu *Direito Civil - Parte Geral*³⁸ escrevia ALMACHIO DINIZ que "é preciso não confundir o direito adquirido com outras situações menos formas do direito subjectivo. A lei definiu os direitos adquiridos como os que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem (Cod. Civil, art. 3º, § 1º). Esta é uma definição metaphorica. O direito adquirido é o estado de direito que uma lei traz a alguém e que não pôde desaparecer deante de leis ulteriores. Elle nem é, portanto, o interesse indicado por HUC, nem a *espectativa de direitos* proposta por DEMOLOMBE e BLONDEAU.

DALLOZ fala nos *direitos adquiridos*: os que podem ser exercidos actualmente, cuja força é tirada do passado, e cujo principio é extranho á lei nova" (mantida a grafia original).

DE PLÁCIDO E SILVA (*Vocabulário Jurídico*³⁹), oferecendo um conceito mais largo do instituto, escreve no verbete *Direito Adquirido*: "Derivado de *acquisitus*, do verbo latino *acquirere* (adquirir, alcançar, obter), *adquirido* quer dizer *obtido*, já *conseguido*, *incorporado*.

Por essa forma, *direito adquirido* quer significar o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua *propriedade*, já constitui um bem, que deve ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo".

E prossegue, desta feita oferecendo o que se poderia denominar de pressupostos ao instituto: "Mas, para que se considere *direito adquirido* é necessário que:

a) - sucedido o fato jurídico de que se originou o direito, nos termos da lei, tenha sido integrado no patrimônio de quem o adquiriu;

b) - resultando de um fato idôneo, que o tenha produzido em face da lei vigente ao tempo, em que tal fato se realizou, embora não tenha apresentado ensejo para fazê-lo valer, antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo fato jurídico, já sucedido.

O direito adquirido tira a sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando o seu exercício dependa de um termo prefixado ou de condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem.

*Por isso - continua -, sob o ponto de vista da retroatividade das leis, não somente se consideram adquiridos os direitos aperfeiçoados ao tempo em que se promulga a lei nova, como os que estejam subordinados a condições ainda não verificadas, desde que não se indiquem alteráveis ao arbítrio de outrem”*⁴⁰.

Vinculando os conceitos de *Direito Subjetivo* e *Direito Adquirido*, JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴¹ observa que “cumpre relembrar o que se disse acima sobre o *direito subjetivo*: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Por exemplo, quem tinha o direito de casar de acordo com as regras de uma lei, e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado, porque estabeleceu regras diferentes para o casamento.

Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transformou-se em *direito adquirido*, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier. *A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes*” - conclui (destaque nosso).

No plano doutrinário, vale de logo ressaltar, predomina ainda hoje o entendimento de C. F. GABBA, quando, ainda no final do século passado, e em sua clássica obra *Teoria della Retroattività delle Leggi*⁴², doutrinava que “*é acquisito ogni diritto, che a)- è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b)- a termini della legge sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquisito*” (itálico no original)⁴³.

Finalmente, CARLOS MAXIMILIANO (*Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*⁴⁴), depois de trazer à colação o referido conceito de GABBA, escreve que “chama-se *adquirido* o direito que se constituiu regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para se integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário”.

2.1. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS: *DIREITO ADQUIRIDO*, *EXPECTATIVA DE DIREITO* E *DIREITO ACUMULADO*

A correta compreensão do instituto do *Direito Adquirido* impõe ao doutrinador que proceda a uma análise criteriosa de seu conceito, sem dar margens a conotações ideológicas, mas dentro de uma perspectiva estritamente científica. Para tanto, uma observação preliminar deve ser mencionada: o instituto do *Direito Adquirido*, hoje inatingível até mesmo pelo Poder de Reforma, a teor do que determina o art. 60 § 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, quase sempre foi objeto de análises visando sua aplicação ao *Direito Privado*, o que não é tudo. Imperioso é que o façamos, igualmente, sob a óptica do *Direito Público*, muito embora, adiantemos que, em essência, este fato não haverá de modificar o sentido ôntico de que o instituto é portador.

Para tal, devemos partir de uma distinção que é urgente, ou seja, *Direito Adquirido*, *Expectativa de Direito* e *Direito Acumulado*, expressões que, apesar de *irmãs-gêmeas* e vinculadas ao conceito de *direito subjetivo*, devem ser vistas em seu verdadeiro dimensionamento, muito embora (adiante-se, de logo), também aqui, não haja consenso sobre as mesmas.

Assim, o *Direito Adquirido*, como lembra LIMONGI FRANÇA, é o *direito que o seu titular pode exercer*, visto que não lhe falta nenhuma das condições estabelecidas pela lei. Seu titular preencheu todas as exigências, inclusive aquelas que só o seriam após determinado tempo e/ou formalidade, ou seja, *a condição a termo*.

Um exemplo, estabelecendo um paralelo, poderá esclarecer melhor a questão.

Referimo-nos à *medida provisória em matéria tributária* (EC nº 32) que, embora editada e vigente, sua plena eficácia só ocorrerá quando, além de ter sido convertida pelo Congresso Nacional, dependerá de uma *condição a termo*, ou seja, o *exercício financeiro seguinte*, se tiver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Até que o *novo exercício financeiro* (entenda-se novo ano civil) se inicie, as regras da Medida Provisória não serão exigíveis. Da parte do Poder há uma *expectativa* de que poderá, *preenchida a condição*, tornar efetiva a norma prevista na Medida Provisória.

Em se tratando de *Expectativa de Direito*, as condições imediatas estão preenchidas, mas falta-lhe (para tornar-se *Direito Adquirido*) preencher algo, por exemplo, no caso da aposentadoria, ou o elemento *idade*, ou o elemento *tempo de serviço*. *Só após preenchidos todos os requisitos ou condições, a expectativa se transforma em direito adquirido.*

Finalmente, se tem falado em *Direito Acumulado*, isto é, no período em que se espera que a *expectativa se transforme em direito*, o seu titular somará direitos que, de imediato, poderão ser gozados como, por exemplo, no caso do trabalhador, as férias que não usufruídas, não se perdem, mas acumulam-se.

Neste caso, se não preenchidas as condições para o gozo do direito em expectativa, porque o contrato foi rescindido, acumulou ele o direito à indenização pelo período trabalhado e cujas férias não foram gozadas.

Transportemos este raciocínio para a aposentadoria do servidor público que, não tendo completado as condições para aposentação, venha ser atingido pelas mudanças legislativas que se anunciam, inclusive, quanto ao *teto remuneratório da aposentadoria*.

Sabendo-se que durante o período trabalhado descontou ele sobre o total do que percebia, e tendo uma *expectativa* de aposentar-se com o vencimento referente ao último mês de atividade, com o advento da Lei Nova, não tendo *direito adquirido* por falta de alguma condição (hoje, *idade* – 53 para homem e 48 para mulher - e *tempo de serviço*) e vendo modificado o teto remuneratório na aposentadoria, terá ele *direito acumulado* ao longo do tempo em que descontou sobre o total do que recebia, na *expectativa* e na *Boa-Fé* de um dia obter, na aposentadoria, o que percebia na atividade.

Em decorrência, a lei nova, se por um lado pode alterar as *expectativas* de que era portador, no caso concreto, o servidor público, por outro, diante do *Princípio da Boa-Fé* de que estava ele imbuído (até porque o desconto total lhe era imposto pelo Estado), deverá aquela proporcionar-lhe uma opção frente à nova sistemática: ou receber de volta, devidamente corrigida, a diferença que pagou a mais em relação ao teto agora fixado⁴⁵, ou considerar todo o tempo anteriormente pago para, em uma regra diferenciada, oferecer-lhe uma aposentadoria em que sejam computados os dois sistemas – *desconto total* e *desconto limitado* – para daí fixar o valor de sua aposentação⁴⁶.

Falou-se em *Princípio da Boa-Fé* e esta deve ser entendida, como ensina o *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*⁴⁷ como sendo “um dos elementos necessários à formação de *negócio jurídico* de qualquer natureza, quanto à atuação das partes ou de uma delas, agindo sem a intenção de causar prejuízo à outra ou a terceiro”⁴⁸.

Em seguida, no sentido filosófico, ensina ainda o mesmo Dicionário, é o “estado resultante de agir com honestidade, sinceridade, fidelidade. Presunção de agir de acordo com a lei”.

Assim entendido, o *Princípio da Boa-Fé* não poderá ser, sob nenhuma hipótese, desconhecido, mesmo que se argumente que a situação concreta é de *direito público*, com as particularidades do *regime jurídico de trabalho*, pois agir “sem a intenção de causar prejuízo à outra ou a terceiro”, aplica-se sem que caiba diferença entre as relações de direito público e/ou direito privado.

Por outro lado, vale lembrar que o referido *princípio* tem uma fundamentação constitucional, sobretudo, no art. 1º inciso III – “dignidade da pessoa humana”, que se repete no *caput* do art. 170 (ambos da CF/88), ao determinar que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...”

Ora, em se tratando de *dignidade humana*, o mínimo que se espera é que o Estado permita ao cidadão, no caso, sobretudo, ao seu servidor, confiar no sistema jurídico vigente, no qual ele, se por um lado, fez opções (ingressar no serviço público), por outro, esperava que as condições que o Estado lhe ofereceu, inclusive quanto ao futuro, fossem respeitadas.

3. CONSTITUIÇÃO, EMENDA CONSTITUCIONAL, DIREITO ADQUIRIDO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Encerrada a fase da *Revisão Constitucional* prevista no art. 3º do ADCT, da qual resultaram as Emendas nºs 1 a 6/94, tal não significou imobilismo do texto de 1988, que já sofreu, além daquelas, nada menos que 40 *Emendas*, a última das quais datada de 19 de dezembro de 2002⁴⁹.

Toda esta possibilidade de alteração do texto constitucional, entretanto, não se fará ao bel-prazer do Poder Reformador, mas sim, dentro dos limites estabelecidos pelo art. 60 da própria Constituição, o que significa dizer-se que são passíveis *do controle de Constitucionalidade*.

Dissemos no capítulo anterior (item 7.1), que no entendimento do STF, não lhe cabia apreciar a constitucionalidade do procedimento seguido pelo Poder Reformador, por entendê-lo matéria *interna corporis*, limitando-se à apreciação dos aspectos materiais da reforma.

Entretanto, por outro lado, tem entendido o Supremo Tribunal Federal ser cabível tal controle pela via do *Mandado de Segurança Individual ou Plúrimo*, impetrado por parlamentar (es) (não por *partido político*), com legitimação ativa para a propositura do *Mandado de*

Segurança, com o fim de controle difuso da Constitucionalidade. Neste caso, o que se daria era a defesa do direito do parlamentar.

Neste sentido, nos autos do *Mandado de Segurança* 21.642, Relator o Ministro, CELSO DE MELLO, decidiu aquela Corte nos seguintes termos⁵⁰:

“- O controle de constitucionalidade tem por objeto lei ou emenda constitucional promulgada.

- Todavia, cabe ser exercido em caso de projeto de lei ou emenda constitucional quando a Constituição taxativamente veda a apresentação ou a deliberação.

- Legitimidade ativa privativa dos membros do Congresso Nacional”.

No mesmo sentido, encontramos o Acórdão proferido no *Mandado de Segurança* 21.747, Relator o Ministro CELSO DE MELLO⁵¹:

“- Cabe Mandado de Segurança, no curso do processo legislativo, contra emenda constitucional que viole o art. 60 § 4º da Constituição.

- A legitimidade ativa é de congressista, cujo direito subjetivo é ofendido, e não de partido político.

- A promulgação da Emenda Constitucional encerra o processo legislativo, não podendo prosseguir o mandado de segurança a importar no exame de constitucionalidade de lei em tese”.

Preocupado com o conteúdo da Emenda Constitucional, escreve JOSÉ NERIDA SILVEIRA em artigo intitulado *A Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade*⁵² que “possível será indicar, *ad exempla*, normas que, desde logo, definem conteúdos imutáveis da Constituição, tais como o art. 2º, quanto à separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; o art. 5º, quando define “direitos e garantias individuais”⁵³; o art. 14, ao prever o sufrágio universal, o voto direto e secreto, e o art. 1º, ao consagrar a forma federativa do Estado brasileiro.

Nesse mesmo plano de considerações, parece acolhível a assertiva segundo a qual não cabe como objeto de deliberação emenda pretendendo introduzir a *Monarquia* ou o *Parlamentarismo*, eis que o constituinte originário decidiu submeter a plebiscito a forma e sistema de governo, para que o perfil do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da Constituição se tornasse definitivo. Ora, por força dos resultados do plebiscito de 21.4.93, a que se refere o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os princípios republicano e presidencialista tornaram-se definitivos na caracterização da forma e sistema de governo do Estado federal brasileiro. A

separação dos Poderes, própria do sistema presidencial, como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, III), por igual, é, assim, ponto insubstituível do sistema constitucional, diante dos resultados do plebiscito, com a expressão que lhe confere o art. 2º, da Lei Magna, ao preceituar:

Art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” - conclui NERI DA SILVEIRA.

No tocante aos *Direitos e Garantias Individuais*, mais especificamente em relação ao *Direito Adquirido* tem sido difundido no Brasil, sobretudo, nos últimos anos, um posicionamento que visa, sobretudo, acobertar propostas que foram defendidas desde o Governo Collor de Melo, passando pelo de Fernando Henrique e que até o atual, encontra adeptos.

Segundo estes, frente às leis ordinárias, não se contesta a *intangibilidade do Direito adquirido fundado em direito anterior*, quando, então se admite, sem contestação, que este deve ser incorporado ao patrimônio do indivíduo, sob pena de comprometer-se o princípio constitucional da Irretroatividade das Leis ⁵⁴.

Entretanto, quando a *Intangibilidade do Direito adquirido* é colocada frente às *Emendas Constitucionais*, a questão toma outro rumo, isto porque, na justificativa apresentada por alguns, a Constituição refere-se apenas à lei, não se podendo englobar, portanto, a mudança formal da Lei Maior.

Evidentemente, que a simples leitura do que se disse às páginas anteriores, por si só, responderia às questões, não fosse o desvirtuamento proposital que vem sendo criado por alguns, com o intuito de justificar, de alguns anos para cá, as propaladas *Reformas Estruturais* (leiam-se *Emendas Constitucionais Inconstitucionais*) desejadas pelo Executivo Federal e por alguns Executivos Estaduais.

A fim de discutirmos a matéria, a análise do *Direito Adquirido* no tocante aos aspectos que, por enquanto, nos interessam, podemos partir das seguintes indagações:

- a) - *Existe Direito Adquirido frente à Constituição?*
- b) - *E frente à Emenda Constitucional?*

Inicialmente, vale a insistência quanto a um aspecto que já foi aventado: se em outros sistemas, *seria* até discutível que a Emenda Constitucional e a própria lei fossem aplicadas retroativamente, pois *o instituto não tem sede constitucional* ⁵⁵, em relação ao Brasil, as relações existentes entre o *Direito Adquirido* e a *Emenda Constitucional* têm

contornos muito especiais, isto porque, a CF de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXVI, na mesma linha dos textos nacionais precedentes, deu *tratamento constitucional à matéria*, colocando, no mesmo *standard*, o *direito adquirido*, o *ato jurídico perfeito* e a *coisa julgada*. Não se admitir o respeito ao *direito adquirido*, significaria dar-se igual tratamento para o *ato jurídico perfeito* e a *coisa julgada* ⁵⁶.

Ademais, insista-se que, sendo o *Direito Adquirido* um *direito individual previsto no art. 5º*, encontra-se ele amparado pela *cláusula da intangibilidade* prevista nas Disposições Permanentes da CF, em seu art. 60 § 4º, inciso IV, a qual se dirige, indiferentemente, tanto ao legislador quanto ao aplicador da lei, mas sempre em favor do *cidadão* (art. 1º, II), nunca em favor do Estado.

A propósito, decidiu o STF, nos autos do RE 184.099-4/DF, relator o Min. OCTÁVIO GALLOTTI que

“Os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito são erigidos, pela Constituição, em garantia do indivíduo, perante o Estado, e não em sentido inverso” ⁵⁷.

Um texto constitucional é resultado de um *Hiato Constitucional*, vale dizer, de um processo revolucionário. Não se vincula a nenhum *preceito jurídico-positivo* que lhe seja anterior, muito embora, também nesta hipótese, os *valores sociais* e o *Direito Natural* funcionem como limitações ao exercício do *Poder Constituinte*. Por isto, e só nesta hipótese, poderia a nova Constituição *desconstituir direitos adquiridos* ⁵⁸ tal como aconteceu com a atual Constituição de 1988.

Entretanto, mesmo neste caso, ou seja, para a *desconstituição do direito adquirido*, há um *pressuposto de ordem formal*, a saber: a ressalva do não respeito aos direitos adquiridos com fundamento na Constituição anterior, terá que vir expressa, não podendo ser objeto de meras deduções interpretativas ⁵⁹, por parte dos *Poderes Constituídos* (Legislativo, Executivo ou Judiciário), inclusive, o *Poder Reformador*.

Neste sentido, idêntico é o posicionamento defendido pelo Min. NERI DA SILVEIRA ⁶⁰, ao escrever: “Outra significativa questão poderia se destacar, nesta definição do âmbito das cláusulas pétreas. Refiro-me ao *direito adquirido* previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição. No dispositivo, estipula-se que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’. Decerto, emenda à Constituição não pode excluir de seu texto o inciso XXXVI do art. 5º, diante da cláusula posta no art. 60, § 4º, IV, por versar regra de garantia. Se se considerar, de outra parte, que a Constituição emprega o termo ‘lei’, em acepção estrita, como norma legislativa

infraconstitucional, dir-se-ia que não está, aí, interdita a ação do constituinte derivado, por via de 'emenda à Constituição'. Exato ao constituinte originário sempre se admitiu, pela ilimitação, em princípio, de seus poderes, inserir no texto da Constituição editada, disposição que venha alcançar direito adquirido. Assim ocorreu no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Lei Magna de 1988..."

E prossegue: "Do próprio texto transcrito, exsurge, entretanto, em relevo a significação da garantia do 'direito adquirido', como valor fundamental integrante do núcleo essencial identificador do sistema da Constituição, a ponto de ressaltar sua não-incidência, em norma expressa, da qual emerge nítido o caráter de excepcionalidade, ao determinar-se que não seria invocável na hipótese concretamente definida" ⁶¹.

Com base no mencionado art. 17 do ADCT (CF/88), o Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança nº 21.856*, Relator Min. CELSO DE MELLO ⁶², negou-lhe provimento, com base na ementa do Parecer exarado pelo Ministério Público, nos seguintes termos:

"Constitucional e Administrativo. Servidores Inativos. Art. 37, inciso XI, da Constituição Federal e 17 do ADCT. Limites máximos remuneratórios aplicáveis aos proventos da inatividade. Precedentes do STF".

Em sua fundamentação, o Ministro Relator apegou-se, exatamente, ao fato de que "*nenhuma situação jurídica é oponível à Constituição*", fundamentando seu entendimento, na posição de JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, em monografia intitulada *Da Retroatividade da Lei* ⁶³.

No caso da Emenda Constitucional, repita-se, a situação é outra ⁶⁴.

Resulta ela de um *Poder Reformador* (constituído, portanto) e que tem limitações fixadas pela mesma Constituição que previu e garantiu sua existência, isto porque, pelo menos sob o ângulo teórico, nada impediria que a Lei Maior não admitisse qualquer reforma em seu texto, imaginando-o *eterno e/ou imutável*.

A propósito, decidiu a 3ª Vara Federal de Minas Gerais:

"Direito adquirido, por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de segundo grau, uma vez que é limitado e condicionado pela Constituição" ⁶⁵.

No caso brasileiro, mormente após o advento da atual Constituição de 1988, ditos limites materiais ao Poder de Reforma, tal como se demonstrou, foram bastante ampliados, resultado (não temos dúvidas) do momento histórico em que foi elaborada.

A fim de facilitar o raciocínio, transcrevamos o que determina a Constituição Federal, em seu art. 60 § 4º, no qual estão fixados os denominados *limites materiais ao Poder de Reforma*:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação de Poderes;
- IV - *os direitos e garantias individuais*” (destaque nosso).

Por sua vez, o art. 5º, inciso XXXVI determina:

“A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (itálicos nossos).

Duas importantes observações devem ser feitas:

a) - destaque-se que o vocábulo *Lei* contido no mandamento transcrito engloba, indistintamente, todas as espécies legislativas contidas no art. 59 do texto constitucional pois, se assim não fosse, estaríamos admitindo que *só a Lei* (tomada apenas no sentido formal e restrito) não poderia prejudicar o *direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

Em consequência, os *decretos legislativos* e as *resoluções*, por serem destituídos daquele sentido, não estariam incluídos na limitação prevista e determinada pelo inciso XXXVI do art. 5º?

É evidente, que ninguém, em sã consciência, concordaria com este raciocínio, não só por ferir ao *Espírito da Constituição*, mas, sobretudo, por ser destituído de qualquer consistência hermenêutica;

b) - quando se fala em *Emenda Constitucional* (vale a insistência), esta é manifestação de um *Poder Constituído* – o denominado *Poder de Reforma* –, integrando, nos termos do art. 59 (CF, 1988), o *Processo Legislativo* e, como tal, encontra-se obrigada a render homenagens ao texto da Constituição, conclusão a que se chega não por mero exercício exegético, mas, inclusive, por determinação expressa deste mesmo texto (art. 60, § 4º).

Neste sentido, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO em seu *Curso de Direito Constitucional*⁶⁶ escreve que “em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera

publicística quanto na privatística. Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. *Mas, se é a própria Constituição que consigna o princípio da não retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (exempli gratia, a inamovibilidade e vitaliciedade dos juízes) tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam do benefício*” (itálico nosso).

ELIVAL DA SILVA RAMOS⁶⁷, mesma linha, é taxativo: “A despeito das variadas interpretações que correm acerca do preceituado no inciso IV do § 4º do art. 60 da Lei Maior, afigura-se-nos estar muito próxima do consenso doutrinário a asserção de que não se pode, por emenda constitucional, eliminar a garantia que assegura proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, ou mesmo reduzir-lhe a abrangência, por exemplo, suprimindo uma das categorias limitantes ou restringindo a proteção aos direitos adquiridos enquanto fatos pretéritos. Nesse sentido foi a nossa manifestação ao final do item precedente.

Ora, dessa decorrência da limitação material ao Constituinte de revisão, que lhe impõe o respeito ao princípio dos direitos e garantias fundamentais, há que se extrair outra, qual seja, a de que não é lícito às emendas constitucionais, ao disporem sobre determinadas matérias, causar prejuízo a direitos adquiridos, sejam eles de base infraconstitucional, sejam eles fundados em dispositivos da própria Constituição, sob pena de se admitir, por via oblíqua e dissimulada, que, paulatinamente, vá-se tornando a garantia letra morta, condenada a fazer parte da hedionda galeria das disposições constitucionais despregadas da realidade”.

O Ministro do STF, CARLOS AYRES BRITO tratou do tema em trabalho intitulado *Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais*⁶⁸, escrevendo que “em síntese, a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integram no ‘processo legislativo’, sem exclusão das emendas”.

SÉRGIO FERREIRA D’ANDRÉA (*O Judiciário como Guardião da Segurança Jurídica*), depois de afirmar que “entre as garantias constitucionalmente asseguradas que encorpam o *princípio da segurança jurídica* estão a do *ato jurídico perfeito* e do *direito adquirido*, segundo

cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV) contida no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna”⁶⁹, doutrina que “cumpre, para a afirmação do *Estado Democrático de Direito*, impedirem-se os atentados à *segurança jurídica*, mercê da preservação dos *atos jurídicos perfeitos*, dos *direitos adquiridos*, do respeito ao *Direito já interpretado, revelado e executado*; da *ultra-atividade* de normas anteriores, que continuarão a ser aplicadas em relação às *situações já consolidadas*”⁷⁰.

Finalmente, escreve: “Acentuemos que o *direito adquirido*, o *ato jurídico perfeito* e a *coisa julgada* estão igualmente protegidos pela *cláusula de intangibilidade* do art. 60, § 4º, IV.

É claro que a vedação do atingimento abrange, não só a lesão pela abolição dos *institutos no sentido objetivo*, assim como o dano a qualquer uma *situação jurídica individualizada, já subjetivada*.

Outrossim, cumpre assinalar que a jurisprudência tem proclamado que “os direitos e garantias individuais” petreamente protegidos não se esgotam nos elencos do Título II da Carta Magna Nacional. Abrangem, por isso, também, aqueles que dizem respeito ao *servidor público* e ao *destinatário da Previdência Social*.

Com efeito, há de entender-se incabível alteração no conteúdo das regras que tenham por objeto os *direitos sociais*, inclusive os *direitos previdenciários* dos segurados e beneficiários em geral da Previdência Social, por se acharem protegidos pela *cláusula pétrea* estabelecida pelo art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal, eis que enquadrados na categoria de que a Carta Magna designa por *direitos individuais*”⁷¹.

Apesar de todas estas manifestações da melhor Doutrina nacional, o Projeto de Emenda Constitucional nº 40, a denominada *Reforma da Previdência*, traz pontos que se caracterizam por Inconstitucionalidades Materiais flagrantes.

Demonstrá-las, contudo, é tarefa que levaremos a efeito no capítulo seguinte⁷².

¹ Capítulo do livro *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª edição atualizada, revista e aumentada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, no prelo.

² *Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Diretor da Faculdade de Direito do Recife. Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) - Doutorado (Teoria do Direito Comparado), Mestrado (Direito Constitucional) e Graduação. Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Livre Docente em Direito Constitucional (UERJ). Coordenador e Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas. Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão. Juiz Federal do Trabalho (aposentado). Advogado.*

³ *In Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 274.

⁴ EDUARDO ESPÍNOLA E EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, no livro *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro* (Rio de Janeiro: Editora Renovar, Atualizada por Silva Pacheco, 1995, vol. 1º, pp. 264-265), traça um interessante levantamento do “problema intertemporal, no direito positivo brasileiro”, dividindo-o historicamente em vários períodos e indicando amplas referências a trabalhos doutrinários publicados em cada um deles.

⁵ Brasília: Senado Federal, 1978, p. 385-386.

⁶ O autor se refere ao art. 15, VIII da Carta de 1824, que apontava como atribuição da Assembléia Geral, “fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las” (mantida a grafia original).

⁷ Ob. cit. p. 74.

⁸ São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp. 108-109.

⁹ *Constituição Federal Brasileira (1891) Comentada*. Edição Fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2002, p. 42. Mantida a grafia original.

¹⁰ Ob. cit. p. 42. Destaque nosso.

¹¹ Interessante é a consulta ao livro de JOSÉ AFFONSO MENDONÇA DE AZEVEDO, *A Constituição Federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal (1891 – 1924)*, no qual as decisões transcritas, de nºs 122, 124, 127, 129, 133, 134, 1319, 143, 144, 151, 152, 154, 156, 157, 247, 252, 264, 353, 510, 1.261, 1.570-B, 1.645 e 1.779, referem-se ao art. 11, 3º sob análise. Rio de Janeiro: Typ. da Revista do Supremo Tribunal, 1925.

¹² Este preceito irá repetir-se nos diversos textos constitucionais brasileiros. Ver com relação a 1934, PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil – Tomo II, artigos 104 – 187. Disposições Transitórias. Emendas n. 1, n. 2 e n. 3*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, Waisseman, Koogan Ltda Ltda., 1937, pp. 81-137.

¹³ Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 76.

¹⁴ *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*, citado, pp. 114-115.

¹⁵ Ob. cit. p. 76.

¹⁶ Ob. cit. p. 76.

¹⁷ Idem, p. 77.

¹⁸ Manteve-se a citação integral. Hoje, pelo texto da CF/88, seria o art. 5º, inciso XXXVI, c/c o art. 60 § 4º, inciso IV.

¹⁹ Ob. cit. p. 42. Destaque nosso.

²⁰ *Do Mandado de Segurança*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1974, p. 25 e segs.

²¹ Esta expressão – *Direito Acumulado* – vem tendo trânsito nos debates atuais frente às propostas de modificação da Previdência Social, anunciadas pelo Governo Luiz Inácio Lula da Silva.

²² Buenos Aires, 1951, p. 5.

²³ Como primeiras indicações bibliográficas, vejam-se PONTES DE MIRANDA, “Incidência a Aplicação da Lei”. *Revista da OAB-PE*, Recife: ano I, nº 1, 1956, pp. 51-55; CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, “O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº 103, jul/set, 1989, p.147-162; IVO DANTAS, *Poder Constituinte e Revolução – Breve Introdução à Teoria Sociológica do Direito Constitucional*. 2ª edição, Bauru: Editora Jalovi, 1986; IVO DANTAS, *Constituição Federal – Teoria e Prática, vol. I*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994; ÉRITO MACHADO, *A Retroatividade da Norma Constitucional*. 2ª edição, Salvador: s/d; ELIVAL DA SILVA RAMOS, *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003; CLÁUDIA TOLEDO, *Direito Adquirido & Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy Editora, 2003; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Reforma Constitucional e Direito Adquirido”. In *Poder Constituinte e Poder Popular – estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “O direito adquirido em face das modificações constitucionais”. In *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003; CARLOS MAXIMILIANO, *Direito Intertemporal ou Teoria da*

Retroatividade das Leis. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946; NELSON BORGES, *Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Curitiba: Editora Juruá, 2000; BELIZÁRIO ANTÔNIO DE LACERDA, *Direito Adquirido*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999; FERDINAND LASSALLE, - *Théorie Systématique des Droits Acquis*. Paris: V. Giard & E. Brière Libreires-Éditeurs, 1904, 2 tomes; ZÉLIO FURTADO DA SILVA, - *Direito Adquirido à luz da Jurisprudência do STF referente ao Servidor Público*. São Paulo: Editora de Direito, 2000; LAIR DA SILVA LOUREIRO FILHO, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000; REYNALDO PORCHART, *Da Retroatividade das Leis Cíveis*. São Paulo: Duprat, 1909; MATOS PEIXOTO, "Limite Temporal da Lei". *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil*. Rio de Janeiro: IX/9-47; CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, *Irretroatividade das Leis de Ordem Pública*. São Paulo: Revista Forense, 289/ 239-242. Idem, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 168, p. 148; PAULO MORESTO, *Reforma Administrativa e Direito Adquirido ao Regime da Função Pública*. Brasília: Editora ENAP (Escola Nacional de Administração Pública), 1995, p. 14; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo: Editora RT, 1981, pp. 111-119; R. LIMONGI FRANÇA, *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 4ª edição, São Paulo: Editora RT, 1994; R. LIMONGI FRANÇA, *Jurisprudência da Irretroatividade e do Direito Adquirido*. São Paulo: Ed. RT, 1982; RAUL MACHADO HORTA, *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp. 265-283; JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, *Da Retroatividade da Lei*. São Paulo: RT, 1995; JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO *Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; REYNALDO PORCHART, *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: CEN, 1937, vol. I, pp. 338-339; CAMEO, *Corso di Diritto Amministrativo*. Pádova: CEDAM, 1960.

²⁴Apud LUIS E. SARMIENTO GARCÍA, *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s/d, p. 156.

²⁵ *Revista Jurídica do Trabalho*. Salvador / Lisboa: ano II, nº 4, janeiro / março, 1994, pp. 11.

²⁶ idem, p. 11.

²⁷ Ibidem, p. 12.

²⁸ 4ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 199.

²⁹ *Dictionnaire Constitutionnel*. Paris: PUF, 1992, 1112 p.

³⁰ *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, 1328 p.

³¹ *Diccionario de Derecho Político*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981, 767 p.

³² Interessante determinação está inserida na Constituição Espanhola de 1978 (art. 9, 3): “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

³³ Em sua versão original de 1942, o art. 6º estava assim redigido: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”.

³⁴ Veja-se MARIA HELENA DINIZ, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, 416 p.

³⁵ 3ª edição, São Paulo: Editora RT, 1982, p. 204.

³⁶ ob. cit. p. 205. O autor refere-se ao Código revogado.

³⁷ *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo V, p. 101.

³⁸ Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916, p. 47.

³⁹ 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989 (edição universitária), vol. II, p. 77.

⁴⁰ ob. cit. p. 78. Itálicos nossos.

⁴¹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 413.

⁴² Torino, Unione Tipografico - Editrice, Milano, Roma, Napoli, 1891, Volume Primo, p. 191.

⁴³ “É adquirido todo direito que: a)- é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b)- nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”.

⁴⁴ Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, p. 43.

⁴⁵ Neste sentido, ver o jornal *O Estado de São Paulo* (16. 01. 2003, p. A4), no qual ROQUE CARRAZZA, diante da situação, afirma: “O servidor pode não invocar o direito adquirido, mas a *boa-fé* burlada e pedir indenização”. E mais: “Tais modificações não são inconstitucionais, mas abriria espaço para indenizações que, na prática, podem equivaler à diferença do que o servidor receberia originalmente”.

No mesmo sentido, MARFAN MARTINS VIEIRA, Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (jornal *O Estado de São Paulo* (17. 01. 2003, p. A6),

⁴⁶ Esta possibilidade vem sendo anunciada pelo Governo. Ver jornal *O Estado de São Paulo* (16. 01. 2003, p. A4).

⁴⁷ Planejado, organizado e redigido por J. M. OTHON SIDOU. 7ª edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001, p. 109, verbetes.

⁴⁸ Ver EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, *O Princípio da Boa-Fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002; JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI, *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública. O Conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁴⁹ Este texto foi revisado em 06.08.2004, poucas horas depois que a Câmara dos Deputados aprovou em 1º turno, o Substituto do Relator em relação à PEC 40/2003, a denominada Emenda da Previdência.

⁵⁰ *Revista de Direito Administrativo*, vol. 191, Jan-Mar, 1993, pp. 200-202.

⁵¹ *Revista de Direito Administrativo*, vol. 193, Jul-Set, 1993, pp. 266-269.

⁵² *Revista do Ministério Público - Nova Fase*. São Paulo: Editora RT, nº 35, 1995, pp. 16-17.

⁵³ Neste ponto, nosso entendimento é mais amplo, incluindo outros direitos que não se encontram topograficamente no art. 5º, mas que, materialmente, se referem a direitos e garantias individuais. Neste sentido, veja-se nosso livro *O Valor da Constituição* (2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001) e, dentre outros, OSCAR VILHENA VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política*. São Paulo: Editora RT, 1994, pp. 91-92.

⁵⁴ Veja-se ELAINE CARDOSO DE MATOS NOVAIS, "O Direito Adquirido às Normas Constitucionais", publicado na *Revista Jurídica In Verbis*. Natal: UFRN / CCSA, vol. 02, nº 03, jan - jun / 96, pp. 79 - 89.

⁵⁵ RTJ, 168, p. 56.

⁵⁶ No sistema jurídico brasileiro, a possibilidade de a Lei retroagir, resume-se à hipótese constitucionalmente prevista do art. 5º inciso XL, incorporada ao *Código Penal*, art. 2º parágrafo único.

⁵⁷ RT, 741: 195-9.

⁵⁸ Mesmo neste caso, já se fala na necessidade de que a nova

Constituição respeite, de forma absoluta, os *direitos adquiridos*, em razão de vivermos em pleno do séc. XXI, o instante maior da *cidadania*.

É o caso, por exemplo, de JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Ministro do STJ, que expressou sua posição em conversa com o autor. Esta, contudo, é uma posição filosófica e não científico-jurídica, razão pela qual preferimos não discutir.

⁵⁹ Nesta direção, relembremos que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 17 do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* abriu uma exceção ao *princípio da continuidade* ao determinar que “os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

⁶⁰ ob. cit. p. 18.

⁶¹ Idem, p. 18.

⁶² *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, janeiro-março, 1996, vol. 203, pp. 159-162.

⁶³ São Paulo: Editora RT, 1995, pp. 312-313.

⁶⁴ Pacífico, nos dias atuais, é o entendimento de que a Emenda Constitucional é passível de controle. Por todas, veja-se a decisão proferida na ADIN 939, RTJ 151/755: “Emenda Constitucional emanada de Constituinte derivado, pode ser declarada inconstitucional pelo STF, cuja função precípua é de guardião da Constituição Federal”. Na Doutrina, veja-se JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, “O Controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: Crônica de Jurisprudência”. In *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte: Editora Forum, nº 01, abr/ma/jun, 2003, pp. 135-151.

⁶⁵ *Revista Forense*, vol. 241, p. 262. Cf. JOSÉ CRETELLA JUNIOR, *Jurisprudência Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 75. No mesmo sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 52.

⁶⁶ 18ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 25.

⁶⁷ Ob. cit. pp. 238-239.

⁶⁸ In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, nº 202, 1995, out./dez, pp. 75-80. A citação transcrita se encontra à p. 80. O mesmo artigo foi publicado em Aracaju: *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*, Ano V, 1995, nº 9.

⁶⁹ In *O Controle da Administração Pública pelo Judiciário (Direito Aplicado)*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1988, p. 417.

⁷⁰ Ob. cit. p. 419.

⁷¹ Idem, p. 421.

⁷² Repetimos: Este texto é capítulo do livro *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª edição atualizada, revista e aumentada, Rio de Janeiro: Editora Renovar, no prelo.